

オーストリアにおける現代的犯罪論の展開*

振 津 隆 行

- 一 はしがき
- 二 古典的体系以後のオーストリア犯罪論の展開
- 三 オーストリア犯罪論の現状
- 四 むすびにかえて

一 は し が き

和解し難く屹立する客観主義学派と主観主義学派との対立にもかかわらず、伝統的オーストリア刑法ドグマ、テイクは、ごく最近に至るまで比較的安定的に決定的諸点においてベリング流の古典的体系を強力に維持してきたものとされる。これとの関連で、ドイツおよびこれに専ら依拠してきたわが国の犯罪論が極めて多様かつ徹底的な変革下のもとで流動してきたという点を鑑みると、オーストリア犯罪論の独自の生成・発展の特異性・諸傾向を示すものと考えられるであらう。⁽¹⁾

そこで、本小稿ではベリング・リスト流の古典的体系以後のオーストリア刑法ドグマ・テイクの展開を、ドイツにおける現代的犯罪論の発展諸段階と比較しつつ若干の概括的考察を加えその後の状況をも顧慮しつつ、もって両者の異同ないしオーストリア犯罪論の独自性を明らかにしようとするものである。

* 本稿は、著者の勤務先の変更のため未完に終った拙稿「オーストリア刑法学研究序説——オーストリアにおける犯罪論の展開について——」(一)未完」(商学討究第三四卷第二号八五頁以下、第四号四三頁以下)の後半部分にあたるものであり、これを一応完結すべく書かれたものであって、今回このような形で独立した形態を賦与したが、課題の設定・問題意識等は前稿と一貫した一体をなすものである。それをも参照頂ければ幸甚である。

(一) Vgl. z. B. Diethelm Kienapfel, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich. Ein Beitrag zu einer analytischen Unrechtslehre, JZ 1972, S. 569; Reinhard Moos, Zum Stand der österreichischen Verbrechenstheorie aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition — Ein Diskussionsbeitrag —, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1024 u. s. w. なお、拙稿「オーストリア刑法学研究序説」——オーストリアにおける犯罪論の展開について——」商学討究三四卷二号八五頁以下をも参照。

二 古典的体系以後のオーストリア犯罪論の展開

一 さて、周知の如く今日一般になされているように、構成要件該当の、違法かつ有責な行為という現代的犯罪概念は一朝一夕に確立したのではなく、過去約一〇〇年にわたる長い発展史に基づくものである。⁽¹⁾ このような前世紀末以降の、とりわけベーリング以来のオーストリア犯罪論の展開についてはドイツとの比較法的観点から、イエシエック等により簡潔かつ要領よくまとめられた論稿が存し極めて有益であるので、本稿ではこれらに依りつつドイツにおける現代的犯罪論の発展を一応以下の三段階のスキーマ、すなわち(1)古典的犯罪概念(科学的実証主義の体系)、(2)新古典的犯罪概念(目的論的体系)および(3)フィナリスムスの犯罪概念に大別し、⁽³⁾ それらの発展段階に即応しつつドイツおよびオーストリア両者の犯罪論の共通の基盤とその相違点を指摘することに

よって、オーストリア刑法ドグマティックの諸特徴を究明することにした。

- (1) この現代的犯罪論が成立するに至る前段階について、ここで若干の概観をなしておきたい。すなわち、普通法の犯罪論は客観的帰責 (imputatio facti) 事実にもとづく責任」と主観的帰責 (imputatio iuris) 法律上の責任」との間の区別しか知らなかった。もっとも、既にドイツでは一九世紀前半においてスチューベル (不法と責任の区別、一八〇五年) やルーデン (行為、違法性および責任の三段階説、一八四〇年) により現代的な犯罪概念の萌芽がみられたが、当時の支配的理論は未だ違法と責任の概念を区別することなくプーフェンドルフの帰責論 (imputationslehre) に由来する帰責 (Zurechnung) という大概念の中で混同されており、それは所為を人間の仕業として捉え、偶然から区別することだけをその任務とした。やがて、一八六七年民法上客観的違法性の概念を展開したヴ・イエーリングの理論が、ヴ・リストおよびベーリングにより刑法に導入され、犯罪構成における古い帰責論の放棄のもとで受け継がれたのである。また、違法性の一般理論はビンディングの規範論を通じて独立の意義を賦与されるに至り、責任の概念は故意と過失を義務違反的な意思決定という大概念のもとで統合したメルケルによってその決定的な刻印を与えられることになった。更に、依然帰責論との混同を残存せしめてはいたが、行為概念を犯罪構成の基本概念の地位に引き寄せ、「これまでなお犯罪であると述べているものすべては」単に「贅辞」にすぎないとしたのはヘーゲル学派のベルナーであり、これに初めて有体性と結果の因果性のメルクマルによって古典的なアロフィールを与えたのがリストである。最後になって初めて、構成要件該当性というメルクマルが独立の犯罪要素として捉えられるに至り、とりわけベーリング以後、構成要件は違法性判断と責任判断の関係点として、また、刑法の保障機能の最も重要な担い手として犯罪構成における支配的地位を占めるに至り、「犯罪とは構成要件に該当し、違法有責にして、それに当てはまる刑罰予告があり、かつ処罰条件を充たす行為である」(Bebing, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 7) と定義されることとなり、それとともに今世紀初頭に十分な発展段階に達した犯罪論が出現したのである (vgl. z. B. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S. 160f.)。なお、この期におけるオーストリア刑法学の対応として、拙稿・前掲商学討究三四巻四号五九頁以下、および同三四巻二号九三頁注 (27) を参照。
- (2) Hans-Heinrich Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Bebing in Vogleich mit der österreichischen Lehre, ZStW Bd. 73 (1961), S. 179 ff. (なお、本稿の紹介として、宮沢浩一・法学研究二六巻八号九七頁以下がある)。
- (3) このような三段階的シェーマは「いわば通説的に使用されている」といふのである。Z. B. Busch, Moderne Wandlungen der

Verbrechenslehre. RuS H. 137 (1949) ; Gallas, ZStW Bd. 67 (1955), S. 1ff.; Haft, Strafrecht AT, 1980, S. 7ff.; Jescheck, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1978, 159ff.; ders. ZStW Bd. 73 (1961), S. 179; ders., ZStW Bd. 93 (1981), S. 6ff.; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 11ff.; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, S. 159ff.; ders., Radbruch-Gedächtnisschr. (1968), S. 268ff.; Weizel, Jus 1966, S. 421ff.; ders., Maurach-Festschr. (1972), S. 3ff.; Württemberg, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. 1959, 112ff.; 113ff. (三段階のシェーマを提示するもの) ; 114ff. (二段階のシェーマを提示するもの) ; 115ff. (二段階のシェーマを提示するもの) ; Marxen, Die rechtsphilosophische Begründung der Strafrechtlehre im Nationalsozialismus, in: Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP Beiheft Nr. 18 (1983), S. 55ff. など。最近ナチス期および将来の刑法体系をも顧慮して、五段階のシェーマを提示するもの) ; Schunemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 18ff. 等がある。

二 以下では、前記のシェーマに依拠しその発展諸段階におけるドイツおよびオーストリアの犯罪論の対応をみるが、その際、オーストリアにおける客観主義学派の見解を中心に、これと共通ないし関連するかぎりで主観主義論者の見解をも顧慮しつつ、若干の考察をなしてみたい。

(1) 古典的犯罪概念(科学的実証主義の体系)

(a) ドイツにおいて世紀の転換期以来通説によって主張された古典的犯罪概念は、科学的実証主義(wissenschaftlicher Positivismus)の法学的思考様式から生じた。これによれば、哲学的評価、心理学的認識、社会学的事実といったものは法のドグマティクから可能なかぎり排除して、法的問題をすべて法学上の概念で処理しようとするので、法学の任務を実定法とその解釈に厳格に制限しようとするものであった。かような厳格な概念上の演繹に限定された実証主義から、犯罪概念の構成に際して、純形式的な形象を生じさせた。もっとも、この犯罪概念の形式的・客観的性格と密接に関連して、法的安定性と法的予測可能性への努力、そしてまた、単純で確証可能な体系概念への裁判官の拘束を通じて法治国家思想が前景に立つことになる。更に、この実証主義の犯

罪論は、刑事政策の側面において古典的ドグマティクを主張したリストによって導入された近代学派の特別予防の要求により、古典的刑法体系は元来的に両極的な構築物、すなわち、一方では刑罰の諸前提の客観主義を通じて法的安定性の最大限が保障され、他方で罰せられるべき人間に方向付けられた制裁体系によって合目的性の最大限が追求されたのである。

さて、この古典的犯罪論の基礎は行為概念であり、それはベーリングおよびv・リストにおいては、なお身体運動（狭義における行為）と外界における変動（結果）として全く自然主義的に把握され、両者は因果関係によって結合せしめられた。この外部的なるものに固執する考察方法に対する困難性は、不作為の中で明らかとなったのである。すなわち、不作為は積極的な作為と同様に行為概念の中に位置付けられねばならないが、それは明らかに身体運動ではなくその逆である。そこで、不作為の本質はある種の身体的態度の中にはなく、一定の行為の期待によって表現されたところの事象の意味（法秩序によって期待された一定の行為、事象の社会的意味）が決定的であるということになり、このことを初めて認識したのはリストであった。しかし、それと同時に自然主義的行為概念の内部的完結性に重大な疑念がさしはさまれることとなってゆくのである。次に、行為の存在が肯定されたのち、更に構成要件該当、違法かつ有責であるかどうかを検討されねばならない。その際、犯罪の客観的構成要素と主観的構成要素との間が峻別され、前者の客観的行為面は構成要件該当性および違法性のメルクマールの中に見出され、主観的行為面は責任のメルクマールの中に見出された。そして、この構成要件は一切の価値から自由な、行為事象の純粹な外部的記述として理解された。この事象の法律的评价は違法性の領域の上で初めてなされるのであり、したがって構成要件該当性と違法性をもって行為の客観的側面は二つの段階で確定され、前者は客観的・記述的であり、後者は客観的・規範的に形成されたのである。これに対し、古典的犯罪構成における責任概念は所為に際して行為者の内心において生起するすべての精神的事象および心理的事象を統合し

た。その際、責任能力は「責任の前提」として捉えられ、故意および過失は責任の形式として理解され、緊急避難は「責任阻却事由」として考えられた。また、数多くの刑罰規定において前提とされている目的 (Absicht)、動機 (Motiv) および傾向 (Tendenz) 等は、古典的体系により主観的要素として責任に位置付けられたのである。これらを通して、外部的・客観的行為面から内部的・主観的行為面への段階的前進を可能にする単純で見通しの効く、しかも教授法上の長所のある構成が獲得され、とりわけ自然主義的に捉えられた行為、客観的・記述的に理解された構成要件、客観的・規範的に限界付けられた違法性の領域および心理的に考えられた責任概念、ならびにこれによって違法性と責任との区別が規定されるべきである客観的構成要素の主観的構成要素からの峻別というところにある形式的尺度による個々の犯罪メルクマールの細分化という点が特徴的であった。⁽¹⁾

(b) オーストリアにおいては、従来から一方でリットラー、グラスベルガー、マラニウク、ホロウ等を擁する客観主義学派と、他方でカデチカおよびその弟子ノヴァコフスキー、更にレーダー、プラッツゲンマー等の主観主義学派とが厳しく対立してきたが、しかしベーリング体系への信奉という点は、ただに客観主義学派のみならず主観主義学派にあっても同様であり、まさに古典的犯罪論体系は伝統的オーストリア刑法ドグマティクの共通の基盤を形成してきたということは極めて注目に価しよう。⁽²⁾

かようにベーリングの体系がオーストリアに導入され熱烈な承認を見出したわけであるが、先ず、このベーリング・リスト体系への固執は行為論に反映しており、客観主義学派のリットラー⁽³⁾、ホロウ⁽⁴⁾、また特にマラニウクなどは行為概念に身体運動のモメントを目指し、不作為では筋肉の神経支配の抑制の表象として生理学的な形象をもって考えている。また、主観主義学派に属する論者も原則的にベーリング体系に従っており、たとえばノヴァコフスキー⁽⁶⁾などはフォルティン⁽⁷⁾に倣って「有意性 (Willkürlichkeit)」の放棄によって、すべての心理的構成要素からラジカルに解放することで却ってベーリング以上に客観的ですからあるのである。⁽⁸⁾

次に、ベーリングの遺産である構成要件論は、オーストリアでは一九四〇年カデチカにより構想された晩年のベーリングの指導形象 (Leitbild)・構成要件に結びつく独自の所為像 (Tatbild) の理論が採用されることになった。すなわち、犯罪類型 (Deliktstypus) においてはなるほど客観的および主観的メルクマールが統合されているが、しかし、所為像においては「外部的な、客観的側面上に置かれた法律上の犯罪類型の構成要素」のみを包括するものであり、これは客観主義ならびに主観主義を問わずオーストリア刑法学の共通財となった。⁽¹¹⁾ これにより、ドイツにおけるその後の主観的修正を首尾一貫して拒絶することとなったのである。

更に、違法性もまた純客観的に理解され、しかもその内容は「普遍妥当性 (Allgemeingültigkeit)」という意味における客観的ではなく、「外界の構成要素」のみを包含するという意味で客観的。外部的な違法性の理解に基づくものである。⁽¹²⁾ 特に客観主義者にとっては、外界に現われた法益侵害の中にある無価値、すなわち「権利侵害 (Rechtsbruch)」といった「客観的性格」をもったものが犯罪の本質を規定し、かつそれが唯一の尺度となるのであるから、不法の領域では所為の外部的現象像に結びつけることができず従ってこれをもってする処罰はまさに許されないということで、法敵対的意思、有害な目的、傾向ならびに動機、反社会的心情、非難すべき態度、法敵対的立場、性格的欠陥等は顧慮されないのである。⁽¹⁴⁾ この客観的体系は法治国家思想 (Rechtsstaatsgedanke) および疑わしきは自由のための原理 (das Prinzip in dubio pro libertate) を旗印とする⁽¹⁵⁾ことで、違法を純客観的に考えるときは自由のために、その刑法体系の中心点ならびに決定的カテゴリーを客観的構成要件の中に見出すのである。⁽¹⁶⁾ どのような所為像 (Tatbild) の理論および客観的。外部的な違法性の理解は、カデチカ、ノヴァコフスキ⁽¹⁸⁾ およびレーダー⁽¹⁹⁾等の主観主義者にあっても共通であり、これによって客観的なものと主観的なもの、すなわち違法と責任との「災いに満ちた」混同に対する共通の防衛という利益の中で、戦線を共にすることとなったのである。⁽²⁰⁾

以上のように、客観面についてはベーリングの体系への固執が顕著であるが、責任論については当時ドイツでなお支配的であった心理的責任概念は間もなく捨てられることになった。⁽²¹⁾ すなわち、オーストリアにおいてレーラー⁽²²⁾、ミジチカ⁽²³⁾、ラマッシュ⁽²⁴⁾等の古い論者にあつては依然心理的責任論が見出されるが、既にシュトース⁽²⁵⁾、フィンガー⁽²⁶⁾にあつては規範的責任論への移行が見出される。この原因は、イエシェックによればオーストリア刑法が既にヨセフィーナ⁽²⁷⁾以来「悪しき故意(böser Vorsatz)」(旧刑法一条)を要求しており、もともと責任論の規範化に親しむ素地があつたという点に見出している。⁽²⁸⁾ なお、オーストリアにおいては、その旧刑法一条において依然として実定法的に維持されてきた間接的故意(dolus indirectus)の存在により特に結果的加重犯との関連で行為者による結果の予見可能性を放棄しており、更に、刑法上の錯誤に対して違法性の意識の欠如を理由に何人も責任を阻却しないとする規定(旧刑法三条、二三三条)が特別法を含めて全刑法に拡張されていたこと等と相俟つて責任原理に対する重大な問題性を残存せしめていたという点は、オーストリアにおける責任論を考える上で重要であらう。⁽²⁹⁾

(2) 新古典的犯罪概念(目的論的体系)

(a) ドイツにおいては、リスト⁽³⁰⁾ベーリングの体系による犯罪概念の形式的構成は間もなく徹底的な変革過程のもとに引き出された。この第二段階はなお古典的犯罪概念の体系・内在的な変革過程であるという点で「新古典的」犯罪概念と称しうるであらう。科学的実証主義のそれ自体限界付けられた法律的思考の形式的首尾一貫性の代りに、今や、法によって追求された目的およびそれに基礎を置く価値表象に従つて刑法を構築するという努力が生じた(目的論的体系)。この期の思考方法は本質的に新カント学派の認識論(シュタムラー、リッケルト、ラスク)によつて規定されており、それは観察と記述という自然科学的方法とならんで理解(Verstehen)と評価という精神科学的方法を再び提立したのである。そして、かような目的論的・価値関係の考察方法により、この

新しいドグマティクは古典的犯罪概念のすべてのメルクマールを変革過程の中にはめこんだのである。先ず、侮辱罪と不作為犯（特に過失の不作為犯）の説明においてつまづいた自然主義的行為論は、価値関係の刑法体系に最も適合しないものとされ、これに代り三つの方向が示めされた。すなわち、先ず「意思によって規定可能な人間の態度」による行為概念の軟化（メツガー）、次に、行為論を構成要件該当性の中に解消する方向（ラートブルフ）、更には社会的行為論の導入（E・シュミット）であった。だがしかし、決定的な変遷は構成要件と違法性の領域で生じた。すなわち、記述的な没価値的構成要件の把握は規範的構成要件要素の発見により、また純客観的な外部的要因によって規定される構成要件の把握という表象は主観的構成要件要素の発見により動揺せしめられた。構成要件の理解の変化と同時に違法性の理論も変化し、従来の法実証主義的な「法規範に対する形式的な違反」（形式的違法性）から法の保護目的に対する実質的な違反、すなわち実質的な社会侵害性として捉えられ、実質的違法論を展開させた。更には、規範的構成要件要素の承認と実質的違法観をもって開かれた構成要件と違法性の関係の理解の変化を通じて、構成要件は最早外部的出来事の没価値的な記述としてではなく、犯罪類型にとって特徴的な不法内容のメルクマールの総体として「不法構成要件」（メツガー）に変化したのである。責任論においても、目的論的犯罪観は従来の心理的責任論から「非難可能性」（フランク）をスローガンとする規範的責任論へと変遷せしめたのである。⁽³⁰⁾

(b) オーストリアにおいては、とりわけ一切の実質的な価値決定の峻厳な放棄を通じて新カント主義の方法的基本態度を最も首尾一貫して貫徹したケルゼンの「純粋法学」の影響が色濃く残っていた状況の下で、⁽³¹⁾ オーストリア刑法学はどのような変遷を経たのであろうか。

先ず、オーストリアでもドイツと同様、犯罪論の重点は行為から本来の価値決定が下される領域、すなわち違法性と責任に移された。この関連において、所為像（Tatbild）はまたベールリングの体系のように最早外部的に知

覚可能な出来事の没価値的な記述として理解されなくなったということは特に重要である。オーストリアの理論はペーリングをはるかに越えていったのである。すなわち、一方でペーリングにおける純記述的構成要件概念は、リットラー、ツインマールおよびマラニウク等⁽³³⁾による規範的構成要件要素の承認によって破られることとなり、更に他方で構成要件の没価値性のテーゼは、ドイツの理論と同様所為像を不法類型として構成することによって、更にペーリングから離脱することになった。つまり、所為像は違法性を徴表する抽象的な不法類型と考えられ⁽³⁴⁾（ratio cognoscendi des Unrechts）、したがって所為像に該当する態度は正当化事由が存しないかぎり違法であろうとするところから出発する方法によるものである。このような「不法類型」としての所為像の構成は、とりわけ客観主義者、たとえばツインマール、リットラー、グラスベルガー、マラニウク、セリーニ等⁽³⁵⁾によって支持され主張されることとなったが、これに対し主観主義者、たとえばカデチカ、ノヴァコフスキー等⁽³⁶⁾はこれを否定し、ペーリングの没価値的構成要件の伝統を固持しようとし、ここに客観主義学派と主観主義学派の注目に価する対立を見出すこととなった。⁽³⁸⁾

かようにオーストリアにおいて、ドイツの理論と同じく不法類型としての構成要件論がとりわけ客観主義者によって広範にわたる承認を見出したわけであるが、これに反して、主観的構成要件要素の承認を拒絶するのであり、このことはたとえばツインマール、リットラー、グラスベルガー、マラニウクといった客観主義者、またカデチカ、ノヴァコフスキーといった主観主義者⁽⁴⁰⁾にあっても共通であり、したがってこの点ではオーストリアの両学派は従来戦線を共にしてきたのである。この主観的違法要素の拒絶という完全な一致は、オーストリアの理論が主観的成分の不法への侵入を決して許さなかったということに基因するのである。すなわち、「オーストリアにおける一致した見解は、実質の意味における違法性を法益侵害、したがってまた行為の社会侵害性を決定的なものと考えているということが特徴的なのである。財物の侵害は常に外部的に知覚可能なモメントにおいてのみ存

しうるべきであり、それ故に『客観的なもの』が『外部的なるもの』と同一視される。この点において——ドイツとは異なり——客観主義者と主観主義者は完全に一致している。⁽⁴¹⁾からである。

最後に、責任論においてはオーストリアの学説は例外なく規範的責任論が表明されており、ただ、責任は判断の中で汲み尽されるのか(形式的責任観)、あるいは有責な行為がそれ自体の中に独自の無価値性を示すのか(実質的責任観)について論議されており、この後者の実質的内容については様々の見解が表明されている。⁽⁴²⁾しかし、この点まではドイツの理論と本質的な一致が存するのであるが、責任概念から意思決定の自由の問題を排除する点はオーストリアの独自性であり、⁽⁴³⁾更に、ドイツとオーストリアの責任論の本質的相違は違法性の意識の取り扱いの中にも現われており、これは前述の如く法律の不知をもつて原則上何人も責任を阻却しえないとする法律規定(旧刑法三条、二三三条)によって確定されていたからである。⁽⁴⁴⁾

(3) フィナリスムスの犯罪概念

(a) ドイツにおいて三〇年代初頭以降、とりわけヴェルツェルによって開かれたフィナリスムスの犯罪概念は、従来の新カント主義に基づく規範主義的な刑法ドグマティクを徹底的に批判し、その存在論的考察方法から目的的行為論、更には人的違法観等を唱導するに至り、ただに行為論のみならず全犯罪論体系の隅々にわたって従来の犯罪論体系に対する論激の嵐を呼び起こしたのは周知のところである。特に、後者の人的違法観は、ドイツにおいては目的的行為論に賛同しない論者にあつても広範な承認を獲得し、フィナリスムスの犯罪概念に基づく体系思考が漸次的に地歩を占めるに至つた過程は、既に今日の刑法ドグマティクに属する事柄であると云えるので、ここでは詳細については割愛する。⁽⁴⁵⁾

(b) 他方、オーストリアではこのフィナリスムスは行為論に何らの影響も与えなかった。また、いずれにせよ客観主義的犯罪論者にあつては、違法の内容はまさに第一次的に法益侵害の中にあり、そしてまた、故意を刑

事責任の前提（可罰性の一種の主観的条件）としてのみ考えるわけであるから、いわゆる人的違法観についても何らの賛同も得られなかったのは当然であらう。⁽⁴⁶⁾

また、このファイナリスムスの犯罪概念の拒絶という点では主観主義者にあつても変らなかつたのであるが、もつとも、彼等はヴェルツェル同様、犯罪の本来の価値違反性を所為の社会侵害性ではなく、専ら肉心的領域の中で考えるという点で事情が異なつていた。すなわち、オーストリアにおける主観主義は犯罪の本質的要素を責任の中で、つまり「悪しき故意」の中で考え、決意を本来の無価値の意味での担い手としていふという点で原則上ファイナリスムスとの一致が存するとも考えられ、ただ、その決定的な相違ないし論争点は犯罪の本質的要素、とりわけ故意を違法性ないし責任のカテゴリーにいかように分配するかという点に残存してしたのである。⁽⁴⁷⁾そこで、このような独自のオーストリア主観主義の理論に特別の考慮が必要であると考えられるので、以下ではオーストリア主観主義論者の見解を中心に若干の考察を加えてみたい。

- (1) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 3. Aufl., 1978, S. 161ff.; ders., ZStW Bd. 73 (1961), S. 183ff.; noch dazu Schünemann, a. a. O., S. 19 u. s. w.
- (2) Vgl. zB. Kienapfel, a. a. O., S. 569; Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 186ff. なお、両学派のローレンツ体系への依拠の根拠に「き」拙稿・前掲商學討究二四卷四号六〇頁以下参照。
- (3) Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1954, S. 59.
- (4) Max Horrow, Grundriß des österreichischen Strafrechts mit besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung, Bd. I : Allgem. Teil, 1. Hälfte, 1974, S. 96.
- (5) Wilhelm Malaniuk, Lehrbuch des Strafrechts, Bd. I, (Allgemeine Lehren), 1947, S. 82.
- (6) Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S. 44. なお、大塚「行爲論」
- (7) 「刑法講座2」昭和三十六年）六頁以下をも参照。
- (7) Folin, Der Gedanke der Zumutbarkeit in tschechoslowakischen und österreichischen Strafrecht, 1934, S. 35ff.

- (8) もっとも、カデチカはラートブルフと同様、行為の問題を構成要件該当性の中に編入して考えるが、その際所為像には客観的構成要素のみを考慮するだけで、実際上同じく純客観的な帰結として用いづる(Ferdinand Kadacka, *Gesammelte Aufsätze*, 1959, S. 23 ; ähnlich auch später Fotin, *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechts*, I. Allg. Teil, 1931, S. 33.)
Vgl. Jescheck, *ZStW* Bd. 73 (1961), S. 188.
- (9) Kadacka, *Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff*, *ZStW* Bd. 59 (1940), S. 3 = *Gesammelte Aufsätze*, S. 12 など
このカデチカの「所為像」の構想は、訴訟法的思考から生じたものである。モースやメンキックが指摘している点に興味深し(Moos, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, 1968, 234 ; Peter J. Schick, *Historische Skizzen zu einer Systematik des Verbrechensaufbaues in Österreich*, *ZStW* Bd. 85 (1973), S. 1054, 以下) くれぐれ関連して拙稿・前掲商学誌 卷二四巻四号六二頁等をも参照)。
- (10) Rittler, *Lehrbuch*, S. 63.
- (11) このカデチカの「所為像」という新語は、リットラーにも継承され(Rittler, *ÖJZ*, 1954, S. 549 Anm. 2 および彼の教科書の第二版等)、更に「所為像」という表現は、オーストリアの最高裁の判例、刑法の改正諸草案、ならびに現行刑法典(一九七四年)にも使用されているのである(たとえば、二条、五条、六条等)。
- (12) Jescheck, *ZStW* Bd. 73 (1961), S. 188, など、「客観的」という概念につき、拙稿「クリースの『客観的可能性』の概念とその若干の適用について」*刑法雑誌*二二巻三・四号四二二頁、四二六頁注(27) 等をも参照。
- (13) Vgl. dazu Rittler, *Subjektivismus und Objektivismus im Strafrecht*, *JB1* 1955, S. 485ff.; ders., *Lehrbuch*, S. 63ff., 121ff.
- (14) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 570.
- (15) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 570.
- (16) かような外部現象に基づく考察方法からリットラーは、構成要件欠缺の理論の承認、およびそれとともに絶対的不能未遂の構成要件不該当性、不可罰な予備に有利にする可罰未遂の縮小、間接正犯の法理を放棄した上で直接的な構成要件の充足(正犯)と間接的な構成要件の充足(教唆および幫助)の対置等へ導いていっている(vgl. Rittler, *Lehrbuch*, S. 256ff., 263ff., 271f. ; ders., *JB1* 1955, S. 487)。
- (17) Kadacka, *Gesammelte Aufsätze*, S. 12.
- (18) Nowakowski, *Grundzüge*, S. 41 ; ders., *Das österreichische Strafrecht*, in : *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, herausgegeben von E. Mezger, A. Schönke und H.-H. Jescheck, 3. Bd., 1959, S. 440.
- (19) Hermann Roeder, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie*, 1959, S. 10.

orie, 1953, S. 9ff.

- (20) Kienapfel, a. a. O., S. 570; Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 188. なお、客観主義理論に対する主観主義者の相違は、一定の特別の諸事例、特に危険なき未遂および目的犯につき「Tatbild」にも該当しなければ違法でもないが、単に有責な態度を犯罪たらしめるという点に存するのであり、この独自の主観説については後に詳述する。(vgl. Jescheck, a. a. O., S. 188f.)
- (21) ベーリングの(20)の理論を手放した(Behing, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 6ff.)
- (22) Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, 1895, S. 5 u. vielfach.
- (23) Miricka, Die Formen der Strafschuld, 1903, S. 102.
- (24) Lammasch, Grundriß, 4. Aufl., 1911, S. 27ff.
- (25) Stoops, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., Hälfte I, 1913, S. 77.
- (26) Finger, Das Strafrecht, 3. Aufl., Bd. I, 1912, S. 326ff.
- (27) ヨセフィナ刑法典第一編第二章以下を参照(なお、本法典については足立助教授の邦訳がある『ヨセフィナ刑法典』訳註(二)「法経論集四一・四二号」)。
- (28) Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 189.
- (29) Vgl. Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 189f.
- (30) Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 163ff.; ders., ZStW Bd. 73 (1961), S. 190ff.; ferner Schünemann, a. a. O., S. 24ff. u. s. w.
- (31) Vgl. Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 194. なお、イエジェックは更に続けて、「リットラーおよびゼーリッヒ」ならびにまたカデチカおよびノヴァコフスキーにおける責任概念からの自由の排除、カデチカにおける法と道徳との峻別、ノヴァコフスキーにおける命令説の全面的な拒絶、クラスベルガーおよびホーエンライトナーにおける法にとって決定的な価値表象の相対主義的な把握、その時代の国家の法に従った者は、永久に正当化されるとするリットラーの言葉——こういったものは、法律家のケルゼンの自己限定を示唆しているように思われる」と述べている(S. 194f.)。
- (32) 主観主義者カデチカにおける行為概念の軟化(これについては、本稿・注(8)を参照)およびレーダーの社会的行為論(Roeder, Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch, in: Rittler-Festschrift, 1957, S. 233)の主張など(20)に点で注目している(20)。(vgl. Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 195.)
- (33) Ritter, Lehrbuch, S. 92; Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 61; Malaniuk, Lehrbuch, S. 103.
- (34) もっとも、微表構成要件を主張するリットラーも二つの例外「不完全な所為像(unvollständiges Tatbild)」が問題となる不作為による作為の場合と、類型要素の叙述とならんで違法性の要件を明文で強調している犯罪類型の場合に例

- 外に於て (Rittler, Lehrbuch, S. 127) 。
- (25) Zimmerl, Aufbau, S. 64; Rittler, Lehrbuch, S. 66, 125ff.; Grabberger, Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, ÖZKR. Bd. 7, 1956, S. 288 und Niederschriften der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfs Nr. 10, 031-9/55, S. 7; Malaniuk, Lehrbuch, S. 120; Serini, Niederschriften der 1. Arbeitssitzung der österreichischen Strafrechtskommission, S. 79f.
- (26) Kadecka, Gesamte Aufsätze, S. 19ff.; ders., ZStW Bd. 62 (1942), S. 15; Nowakowski, Grundzüge, S. 55f.
- (27) カデチカは「かくて」 Tatbild というのは、それが不法もしくは何らかの不法に向けられるとしようとな前提として、行為を可罰的たらしめるところのメルクマールを示すにすぎない。」(Kadecka, Aufsätze, S. 11) として、没価値的な構成要件というヘーリングの伝統を固持しようとする。
- (28) Vgl. Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 196; Kienapfel, a. a. O., S. 570 Anm. 25.
- (29) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 31ff.; Rittler, Lehrbuch, S. 63f., 121ff.; Grabberger, Die Arbeiten der österreichischen Strafrechtskommission, JBl 1959, S. 86; Malaniuk, Lehrbuch, S. 105f., 123. ㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿
- 九五三年の論文でこの立場を捨てたという点については後述する。
- (40) Kadecka, Gesamte Aufsätze, S. 9ff.; Nowakowski, Grundzüge, S. 47 u. 54.
- (41) Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 198; vgl. auch Kienapfel, a. a. O., S. 570, ㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿ たとは客観説の立場からクラスペルガーは「すべての予防の彼岸にある刑法の使命、すなわち社会の利益をそれに帰属する価値に従って整序する使命の中にのみ客観的犯罪観の正当性が正に存するのである。」(Grabberger, a. a. O., S. 285) と述べ、主観説の観点からもノヴァコフスキーは「ある行為は、それが法益を侵害することでのみ常に違法なのである。」(Nowakowski, Grundzüge, S. 52) と述べ同一の帰結に至っており、まさにイエシュェックの指摘する如く、オーストリアにおける主観説というのは責任論であって違法論ではないのである (Jescheck, a. a. O., S. 199)。
- (42) ホーエンライトナーは、新カント主義者ロベルト・ライニンガーに従い、責任とは没価値的なものとして思考された内心的事態に対する感情の反作用にすぎないとするが、通説は責任判断の対象の無価値メルクマールの把握に努め、たとえばリットラーは「意思決定の義務違反性」、マラニウクは「所為の社会侵害性に対する態度」、ノヴァコフスキーは「感情生活の欠陥」、ゼーリッヒは「一定の価値態度によって動機づけしめる」人格の器質的欠陥とし、カデチカは責任とは「法秩序に対する行為者の敵対的または投げやりな態度」ないし過失にあつては「義務感情」の欠陥という意味における「侵害性」とされている (vgl. Jescheck, ZStW Bd. 73 (1961), S. 201)。

りわけ不能未遂)の可罰性に関し、その終局的帰結において「適法であるが有責な可罰的態度」の可能性の肯定をもって頂点に達したのである。⁽⁷⁾すなわち、不法は客観的にのみ思考可能であるとするベールリングの上位命題から出発して、未遂にあつては客観的法益侵害がないために不法も欠如しなければならないであろう。それ故、その可罰性の根拠を主観主義者はそのかぎりて責任の中に見出したのである。そこで彼等にとつては、客観的に適法かつ同時に有責で可罰的な態度が存在することになった。構成要件的に限定された不法はただ責任の内部で行為者によって考えられ、そして法定構成要件に一致する必要のない外部的行為によって実行に移されるものと欲せられることだけが必要だとされたのである。⁽⁸⁾

この適法で有責な態度という概念上のアクロバットは、前述の如く歴史的には一方で責任概念に法律上の優位を認める古い普通法の主観主義的伝統(プーフェンドルフ、テレシアーナ)と、他方でベールリングの形式的・客観主義的犯罪観という相互に排除し合う原理を結合させるといふオーストリア主観主義の体系内の矛盾に胚胎していたといえよう。⁽⁹⁾

なお、かように特異なオーストリア主観主義について、キーナツペルによれば大略以下の八点にわたる理論的および刑事政策的諸帰結が引き出されるとされる。すなわち、

1 既に「悪しき故意」が不法である。しかし、犯罪体系の内部で故意は責任に属する。したがって、不法は責任の中にある。これは特殊な、客観説に対立する主観的体系の出発点である。

2 責任は「法秩序およびその同胞の利益に対する敵対的な、それとも投げやりな態度」(カデチカ)とか「価値拘束性の欠缺」(ノヴァコフスキー)とされ、責任概念が主観説により意識的に客観化されている。

3 累犯や慣習性といった行為者の諸事情は主観的帰属の領域に算入され、客観的責任要素として構成される。

4 責任の優性という点を顧慮して、伝統的主観主義は一致して主観的違法要素を否定する。これは主観的構

成要件要素ならびに主観的正当化要素にも同様に妥当する。法律が主観的メルクマール（目的、心情、表現メルクマール）を使用するところでは、それらは責任に算入される。そのことは、ますます故意および過失の主観的成分にとって妥当する。

5 不法が責任の中にあるとすれば、主観的帰属可能性の限界事例にとっては構成要件の類型性ではなく、むしろ「責任の類型性」が決定的である。そこから、なるほど類型的に有責であるが、必ずしも構成要件該当的かつ違法ではない態度の処罰という帰結へと至っているのである。

6 この犯罪観の特に際立った効果は未遂において示めされる。

(a) 意思を目指すことによって、未遂の可罰性は未だ当罰的ではない予備行為の前地にまで広く前方に移転せしめられる。

(b) いわゆる「不能」未遂は、少なくとも「類型的に有責」なのだから、責任という視点のもとで何ら不能ではなく、したがって原則上可罰的である。

7 一方で正犯、他方で共犯の不法の間には、解釈学上の領域ではカテゴリー的にもまた段階的にも区別されない（統一的正犯概念の促進）。

8 不成功に終った未遂の共犯の可罰性は、（旧）刑法九条の規制領域に失敗した（欠効の）幫助を編入することによって拡張を経験する、と。¹⁰

以上のように、このオーストリア主観主義者にとっては、客観的不法という新しい概念は実証主義的法思想には神聖にして侵すべからざるものとして妥当したが故に、責任の古い概念は主観的不法の任務を引き受けねばならなかったのである。¹¹

しかし、一九七二年にノヴァコフスキーはイエシエツクの教科書の書評で、「ペーリングの体系は實際上維持さ

れない。……却って、故意を終局的に不法に位置付けるべく決定しなければならない。」と明言すること、今世紀においてリットラーの指導のもとで強力に維持され、オーストリア刑法学の伝統を形成してきたベーリング流の客観的不法および主観的責任の命題を放棄するに至ったのである。

- (1) Kadecka, *Gesammelte Aufsätze* (Hrsg. von Rittler und Nowakowski), 1959, S. 9ff. なお、九頁以下の前注でノヴァコフスキーは、カデチカの主観主義的犯罪概念について述べている。すなわち、カデチカは二重の目標、つまり一方でドイツの理論の中でこもつた変革からベーリングの犯罪概念を解放すること(特に主観的違法要素の理論の拒絶、構成要件の没価値性のテーゼの貫徹)、他方で「意思刑法」的犯罪観をそれに適合することとを追求したのである。もともと、ベーリング体系は「客観的」犯罪観を基礎に置くものであるが、カデチカの「主観的」犯罪観はこれと全く異なり、一九四〇年前後のナチ時代の「意思刑法」の主張に基づくものであつて、カデチカ自身、「所為の結果として示めされる損害もしくは危険の中にさもなくば外部的な規範違反的事象の中に処罰根拠を見出すのではなく、行為者の意思の中にこれを見出すときに刑法は意思刑法である」とする視点から、たとえば不能未遂(untauglicher Versuch)は例外事例や限界問題ではなく、犯罪に本質的なものの純粹叙述であるとされる。すなわち、彼はベーリングとともに構成要件と違法性は外部的な諸事情のみを旨指すということを固持するが、しかし犯罪は構成要件に該当することも違法である必要もなく、犯罪とは意思の欠陥に基づいて所為像(Tatbild)に該当する不法を行なおうとする人間の態度とされることとなつたのである。
- (2) Roeder, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens*, S. 79.
- (3) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 571ff.; Moos, *ZStW* Bd. 93 (1981), S. 1026f. u. s. w.
- (4) Vgl. Moos, *Der Verbrechenstypus in Österreich*, 1968, S. 340f. (Anm. 168), 376, 504, 516f., 521f.; Kienapfel, a. a. O., S. 571ff. なお、拙稿・前掲商學討論三四卷四号五四頁注(112)等をも参照。もともと、前記(注1)のように、ノヴァコフスキーによればオーストリア主観的犯罪観は一九四〇年頃の「意思刑法」のスローガンのもとで主張されたものとする。
- (5) Moos, *ZStW* Bd. 93 (1981), S. 1027. なお、モースは更に続けて、「故意」の肯定もしくは否定は今日の目から見れば、たとえ行為能力、責任能力、刑事成年、正当化事由および責任阻却事由に関する決定であつた。間接的故意の法理によって刑法上の責任の拡張もしくは制限が、相当な行為結果もしくは危険連関あるいは客観的帰属の限界に基づいて、同様に責任の中で解決されたのである。」と。

(9) Moos, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1027.

(7) 1) 「違法ではないが有責な可罰的行為」の主張を、カナチカ以前にドイツで主張したものと¹⁾ Beseler, Juristische Miniaturen, 1929, S. 42; v. Gemmingen, Deutsches Strafrecht, 1935, S. 107; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1973, S. 18 が挙げられる (dazu vgl. Nowakowski, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 20. Lieferung, §§3-5 StGB, 1984, Vorbem. Rz 6 u. s. w.)。など、拙稿「不法における結果無価値と行為無価値」(関大法學論集二六卷一号一六三頁以下)を参照。

(8) Vgl. Moos, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1028; ders., Der Verbrechensbegriff in Österreich, 1968, S. 520ff.

(6) Vgl. Moos, Der Verbrechensbegriff in Österreich, 1968, S. 522; ders., ZStW Bd. 93 (1981), S. 1028f. など、キナマンルによれば「オーストリアの主観主義は社会倫理的に動機づけられた、性格学的に強調された、そして同時に客観化された責任論として、かてて加えて不法は行為者の責任をもって根拠づけられなくてはならない」という意味において「純粋な」責任論として示められるのである。「客観化された」責任は不法の本質的な機能を引き受ける。この主観的な伝統をベーリングの古典的体系と結びつけるという試みは、体系内的軌轢への芽を自らに包含しているというとは明白である。」と (Kienapfel, a. a. O., S. 572)。

(10) Kienapfel, a. a. O., S. 572.

(11) Vgl. Moos, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1028f.

(12) Nowakowski, Probleme der Strafrechtsdogmatik, Zugleich eine Besprechung Von Jescheks Lehrbuch des Strafrechts, JBl 1972, S. 22 (=ders. in: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, Ausgewählte Abhandlungen, 1981, S. 8)。

三 オーストリア犯罪論の現状

一 前節で検討したオーストリア刑法学内部における客観主義と主観主義との間の顕著な対立、ならびに伝統的オーストリア刑法ドグマティクに固有の共通的基盤——とりわけベーリングの古典的体系への固執というシェーマは、六〇年代中葉以降静かに徐々に生起してきた思考の変革により維持されなくなってきたのである。⁽¹⁾ このことは、特にオーストリアにおけるベーリング理論からの快別とそれに伴う「人的」違法観の浸透によって

特色付けられるであろう。

先ず、客観主義の陣営では、前述した如く構成要件を不法類型として構成することが一般に承認されるに至り、ベーリングの没価値的構成要件のテーゼからの離脱をみたわけであるが、この方向に踏み出すことにより、犯罪類型的不法が客観的カテゴリーのみによって捉えることが解釈上意味で、かつ事実上も可能かどうかという問題の前に不可避的に立たされたのである。とりわけ、オーストリア刑法がドイツ刑法以上に信奉している法形象である目的犯とされるグループ、たとえば窃盗罪における「領得の目的(Zueignungsabsicht)」、各種偽造罪における「行使の目的」等において犯罪類型的不法の記述のために、ただに客観的要素のみならず主観的要素にも依拠すべきであるとする見解が、従来の主観的構成要件を拒絶するオーストリアの伝統に反して表明され始めるに至った。すなわち、マラニウクは彼の教科書で主張していた立場に反し、既に一九五三年に「ヘークラーとメツガーに従って主観的違法要素を体系の中に含めしめる」ことに賛同したのである。⁽²⁾そのうちに、オーストリア客観主義者がだんだんとまばらになり、ホロウはもうこの世にはおらず、また最も長く、最も強靱かつ最も印象深く客観的刑法論を弁護してきたリットラーも他界した。今日、ウィーン、インスブルック、グラーツ、ザルツブルクおよびリンツの刑法講座では、グラスベルガーを除いて伝統的な客観主義の依拠者として表示されうるような者は最早見出されないのである。⁽³⁾

また、客観主義学派出身の二人の若い刑法学者、ザイラーおよびブルクスタラーにあってはこれは妥当し、彼等にあつては従来のベーリング体系と古典的オーストリア学派の対立を凌駕したところから研究を出発しているのである。たとえば、ブルクスタラーは未遂における適性性の問題(Tauglichkeitsproblem)に關して「客観説の拡張」に賛同し、また未遂と予備の限界付けに關しても「主観的および客観的要素」を相互に統合する折衷的解決に至つており、それは伝統的に刻印付けられた純客観主義と純主観主義との拒絶以外の何ものでもないの

ある⁽⁵⁾。

かようにして、今や客観主義の見解を採る論者にあつても人的違法観の浸透を媒介として、故意を主観的違法要素ならびに主観的正当化要素として肯定し（ブルクスタラー⁽⁶⁾）、あるいは行為無価値の意義を重視する（ザイラー⁽⁷⁾）等により伝統的な主観主義と客観主義との対立を止揚して、両派の漸近化傾向が明らかに看取されるのである。したがって、今日主観的な違法論は圧倒的なオーストリア刑法学によって肯定されているのが現状である。⁽⁸⁾

(1) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 570.

(2) Maniuk, Das Strafgesetzbuch und seine Reform, JBI 1953, S. 224.

(3) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 571.

(4) Vgl. Manfred Burgstaller, Über den Verbrechenversuch. Eine Konfrontation von Lehre und Rechtsprechung, JBI 1969, S. 528ff., 535; Robert Seiler, Neue Wege in der Strafrechtsreform, JBI 1969, S. 117.

(5) Vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 571. なお、キーナッヘルも、ブルクスタラー等の見解と本質的な点で同じ立場に立つものだとしており、それは「リットラーと同様、同じような高度で法治国家思想および法益の理念に義務付けられていると考えるが、しかし所為の外部側面、客観的なもののみ、および因果的なものみに不法を限定することを、オーストリアの法にとってドイツ法にとつてと異なることなく常に把握するところの体系的出発を知るものである。」(S. 571)として、彼のいわゆる「分析的違法論」を展開しているが、これに対するモースの批判については後述する。

(6) Vgl. Burkstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974, S. 29, 175.

(7) Vgl. Seiler, Die Bedeutung des Handlungswertes im Verkehrsstrafrecht, in Maurach-Fest, 1972, S. 75ff.

(8) Vgl. Moos, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1025. モースは「今日かような主観的違法論を主張する者として、ノヴァコフスキー、ブラツクンマー、ヘルテル、ブルクスタラー、フローバスト、モース等を挙げており（vgl. S. 1025, Anm. 7）」なお、彼によれば、前述のキーナッヘルの「分析的違法論」の主張は故意を原則的に責任の構成要素とするが、例外的にやむを得るときにのみ故意を違法要素たらしめるものであつて、本説は客観的不法と主観的不法との妥協的産物であり、移行段階にとつて特徴

的なものとして批判している (S. 1025f.)。

なお、今日オーストリアにおいては、故意の体系的位付けについて凡そ三つの見解をみることができる。すなわち、先ず、故意を不法と責任との両面に二重的に位付けける見解(ノヴァコフスキー、モース、ヘッベル)、これに対し、故意を不法の側面でのみ考へる説(シュタイニンガー、ツィップ)、逆に、責任においてのみ考へる見解(オーストリアの判例、近似するものとしてキナッペル)との三つがあるが、学説上故意を主観的違法要素とする見解が一般的に普及しているのである (Novakowski, Wiener Kommentar, 20. Lieferung, §§3-5 StGB, 1984, Vorbem. Rz. 11, 12)。

二 さて、「適法であるが有責な」可罰的態度(「違法なき責任 (Schuld ohne Unrecht)」の理論)の肯定の中に極めて特徴的な理論的展開をみたオーストリア主観主義にとって、ベリング理論の最後の旗手であり、かつ主観主義の決定的な主張者であったノヴァコフスキーの改説は、オーストリア刑法学に顕著な転機をもたらしたのである。

この故意を責任要素としてだけではなく違法要素(行為無価値)としても把握すべきであるとするノヴァコフスキーの改説は、偶然に突如として表明されるに至ったのではなく、一九六五年のオーストリア刑法・刑事学会の講演で初めて暗示され、続く一九六九年の講演で強化され(両者は活字に付されなかった)、到々、一九七二年のイエシュックの教科書の書評の中で、明確にカデチカトリットラーが信じて疑わなかった理論を放棄し、今日、「オーストリア刑法学は、両巨匠の立場を明らかに全く圧倒的に放棄してしまった。」のである。

すなわち、「ベリングの体系は、實際上維持されるものではない。」と。そして、「刑法規範が法益を人間の態度の作用から保護すべきものであるとするなら、……違法性判断は有意義的に法益に有害たりうるところの何かをなすという決意に、正に関係付けるべきである。」この体系的出発によって、今日ノヴァコフスキーには伝統的オーストリア刑法学の二つのタブーを犯すことを可能にするのである。すなわち、彼はただに主観的構成

要件要素および違法要素を承認するのみならず、「故意を終局的に不法に位置付けるべく決定しなければならない」のである。⁽⁶⁾これによって、ノヴァコフスキーは従来の自らの体系を放棄し、現代ドイツ刑法学の人的不法論に従うことになった。もっとも、この転換によってもノヴァコフスキーにあつては、オーストリア主観主義の主要テーゼである「犯罪の絶対対に不可欠な無価値は内心的な領域の中に存するのである。」⁽⁷⁾という命題の一致はなお維持されているとも考えられよう。⁽⁸⁾

さて、以上のような点からノヴァコフスキーは、決意(Entschluß)を一方で違法の観点では態度ならびにそこから生ずるものの根源として評価し、他方で責任の観点では行為者の社会的拒絶の帰結として評価されるとする。⁽⁹⁾また、彼の違法論では三つの平面が構想されており、先ず、行為無価値としての価値違反的意思決定、次に、結果無価値の第一段階としての法的に否認される危険の招来、最後に、結果無価値の第二段階としての法益侵害の実現との三つに区別し、⁽¹⁰⁾しかも、彼によれば違法はこれらの平面すべてを常に包含しなければならないのではなく、一つあるいは二つの平面で十分でありうるとする。⁽¹¹⁾そこでは、行為無価値に極めて重点が置かれているのである。また、更にその裏面たる正当化事由との関連において主観的正当化要素がかなり重要な地位を与えられており、従前の見解に比して極めて注目すべき諸帰結に至っているのである。⁽¹²⁾

以上のように、オーストリアにおける人的不法論の承認は自然主義的実証主義の精神的放棄および規範的思考への方向付けとともに進行的なものである。そこでは最も深く目的論的な法の理解が基礎に置かれており、一定の態度が保護目的を侵害し、そして凡そ一定の犯罪類型に位置付けるべきかどうかは、行為の瞬間において結果の発生以前に目的的行為意思のみから認識されようということ、規範の保護目的から明らかとされる。これは特に未遂において明らかとなるのである。⁽¹³⁾

かようにして、ノヴァコフスキーが表明したように、それによって「オーストリアの学問は、幾らか失ってい

たドイツ刑法学との連携を再び獲得することができぬ。」とされているのである。⁽¹⁴⁾

- (1) 依然、一九五九年段階では、「ノヴァコフスキーは主観説を信奉」、「主観説のみが正義、犯罪と刑罰の意味連関および刑事政策的な合理性に相即する。」(Nowakowski, Das österreichische Strafrecht, 1959, S. 438)と明言していたが、続く時代において彼は「刑法改正の移行および彼自身によつて決定的に共同作業がなされた諸草案を顧慮して」彼になつていくことも中心的な犯罪概念の問題に注目すべき転換局面を予感してゐた(vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 573)°
- (2) Nowakowski, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, S. 573 (=ders., in: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 113); vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 573.
- (3) Nowakowski, Perspektiven, S. 114, 115. プラシツマン・ローマンは従つて「彼は『刑法改正草案』に関して法者は刑法条案によつて犯罪の形態を幾つになさなければならないとする、長篇に費回した(Platznummer, Die, Allgemeinen Bestimmungen "des Strafrechtzentwurfes im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, S. 238ff.)°」に反対し「ローマンは犯罪形態の多様性を固執しようとした」(Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969, S. 47, 65, 69, 70 N. 19, 76; ders., Haftung für durch riskantes Verhalten verursachte Erfolge, ÖJZ 1970, S. 378)° Dazu vgl. Kienapfel, a. a. O., S. 573 Anm. 67, 575 Anm. 81; Burkstaller, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Lieferung, §56, 7 StGB, 1979, Rz 27.
- (4) Nowakowski, Perspektiven, S. 8.
- (5) Nowakowski, Perspektiven, S. 16.
- (6) Nowakowski, Perspektiven, S. 8.
- (7) Nowakowski, Einleitende Anmerkung zu Kadečka subjektivem Verbrechensbegriff, in: Kadečka, Gesammelte Aufsätze, S. 10.
- (8) Vgl. Moos, ZStW, Bd. 93 (1981), S. 1029.
- (9) Nowakowski, Perspektiven, S. 115.
- (10) Nowakowski, Perspektiven, S. 116f.; vgl. auch ders. Perspektiven, S. 17.
- (11) Vgl. Nowakowski, Perspektiven, S. 17, 114. ノヴァコフスキーによれば「三つの方面のそれぞれが必要なのはその程度が

釈によって決定されるとして、たとえば、価値違反的な操縦で十分な場合(不能未遂)、結果の実現も必要な場合(過失)、また、たとい価値違反的な意思操縦に基づかないとしても否認される危険の招来だけで十分な場合(正当防衛の前提としての違法な攻撃)、もしくは価値に違反した意思方向から否認される危険が生じたのでなければならぬ場合(実質的客観的未遂論等々)として準示されており、「かような『多層的不法概念』は、『開かれた体系』の長所を示すであらう。」としている(S. 17f.)。

なお、付言すればこのノヴァコフスキーの「結果無価値の第一段階」および「結果無価値の第二段階」として結果無価値を二つに分ける構想は、ウォルターの「帰属論」にも継承され、「primäres Erfolgsunrecht」および「sekundäres Erfolgsunrecht」という独自の概念に結実されているのは興味深い(Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem, 1981, S. 65 Fn. 5, 82 Fn. 69 u. s. w.)。

- (12) 以前ノヴァコフスキーは、その師カデチカとともに、「適法であるが有責な可罰的態度」という独自の主観説から出発して、客観的正当化事態そのものを不法阻却に就いて十分であるとしていたが、行為者が不処罰となるためには全く一般的に補足的に行為者がこの事態の存在の知見を必要であるとし、このような主観的要素を欠くときは行為者が正当化されるにも拘らず可罰未遂となるとしていた(vgl. Kadetka, Gesammelte Aufsätze, S. 28ff.; Nowakowski, Grundzüge, S. 54, 59, 90, なお、拙稿「不法における結果無価値と行為無価値」・完、関大法学論集二六巻二号九六頁等をも参照)。

しかし、現在ノヴァコフスキーは正当化については二つの関連が必要であるとし、第一の関連として道徳神学上の用語である「二重効果の行為(“actio duplicis effectus”)」という観点から正当化される利益のチャンスと法益侵害のリスクとが比較考量されるべきであり、この点から事前判断の重要性を強調し、第二の関連として行為無価値は結果無価値に時間的に先行するもので、結果に対する行為の因果性ではなく、結果の行為への帰属が重要であるとする。かような観点から、たとえばわが国でいわゆる「口実防衛」につき既遂論を主張し、誤想防衛でも故意犯説それに対し、ブルクスタラーは過失犯説(Burkhalter, Fahrlässigkeit, 177f.; ders., JBl 1980, 496)更に、過失犯に関する「偶然防衛」につき過失既遂論(「有罪説」)それに対し、ブルクスタラーは過失未遂論(「無罪説」)Burkhalter, Fahrlässigkeit, 179)を採る等の帰結へと至っており、西ドイツ等における厳格責任説を採らない立場から、それぞれ厳格な可罰性を肯定するに至っており、主観的要素の優位という点が際立たされており、この点でブルクスタラー等の見解との比較からも、なお主観的犯罪観の特徴を明瞭に示しているように思われる(vgl. Nowakowski, Perspektiven, S. 113ff.; ferner ders., Wiener Kommentar, 20. Lieferung, §§3-5 StGB, Vorbem. Rz 73ff.)。

- (13) Vgl. Moos, ZStW Bd. 93 (1981), S. 1029f. (14) Nowakowski, Perspektiven, S. 30.

四 むすびにかえて

本稿では、オーストリア刑法学がなぜにベールリングの古典的体系、とりわけ客観的違法、主観的責任の命題をごく最近に至るまで維持してきたのかという問題関心から、オーストリア犯罪論の史的展開についてのささやかな一考察をなしたわけである。そこでは、とりわけ主観主義論者による普通法以来の古い帰責論にまで遡るオーストリア刑法の伝統、これとは異質なベールリング理論の継承という相互に矛盾する原理の結合を通じて、オーストリアにおける客観主義と主観主義の学派の対立、ならびに伝統的オーストリア刑法ドグマティクにおける共通的基盤の形成をなし、それらがどのようなオーストリア固有の理論的帰結をもち、それがいかように変遷してきたかを不十分ながら明らかにしえたことであろう。

そして、このようなオーストリア刑法ドグマティクの変遷に対し、わが国では客観主義―結果無価値論による古典的犯罪論への再評価の顕著な動きが存するわけであるが、⁽¹⁾今後のわが国の刑法理論がどのように推移するかを模索する際に、オーストリア犯罪論の展開・変遷が幾許かでも参考となれば、そこに本小稿の存在意義も存するとしてよいであろう。

(1) 拙稿・前掲商学討究三四巻二号八七頁特に注(6)を参照。

(一九八五年八月二〇日稿)

(付記) 本稿は、元今から五年程前(一九八〇年)に、オーストリア刑法ドグマティクの変遷に関心を抱き、その直後に草稿の形

で書き残して置いたものであるが、『一九七四年オーストリア刑法典』の全面改正に伴い、その後逐次 Wiener Kommentar の刊行が進捗し、その他のコンメンタール、体系書等が順次刊行され始め、今日その作業の進行過程にあるとも云えよう。そこで、本稿ではオーストリア刑法学の現状との関連で、現行オーストリア刑法の個別諸規定にわたる解釈論等について十分考慮されていない憾みがあるが、これらの論点については他日を期すこととし、その史的展開に一瞥を与えたということで諒とされたいと考えている。